

Přizpůsobování právního řádu mimořádné situaci

Pavel Ondřejek*

Abstrakt: Východiskem článku je pojetí reflexivního práva, tedy práva, které reaguje na okolní prostředí. Krize představuje silný moment projevující se v různých společenských subsystémech; v případě závažné situace mohou být její dopady na společnost zásadní a právo, má-li zůstat v kontaktu se společenskou realitou, nemůže nastalé změny ignorovat. Přizpůsobení práva je tak důsledkem reflexe reality působící proti tradiční funkci práva spočívající ve stabilizaci normativních očekávání jeho adresátů. Konkrétním cílem článku je ukázat situace přizpůsobování právních řádů mimořádným situacím, ke kterým dochází vedle legislativní činnosti během samotné krize také v důsledku proměn v interpretaci práva v závislosti na kontextu krize. Takového přizpůsobování právního řádu nelze podle mého názoru charakterizovat jednoznačně ani jako monistický ani jako dualistický model mimořádného vládnutí. Přizpůsobení právního řádu mimořádné situaci rovněž probíhá na základě určitých předem daných předpokladů, ovšem konkrétní podoba se odvíjí až od rozhodnutí poté, co krize nastala. Pro tento fenomén tedy nelze jednoznačně použít ani druhé klasifikační kritérium mimořádného vládnutí založené na faktoru času, tedy zda je na mimořádnou situaci pamatováno dopředu, anebo je na ni reagováno až následně.

Klíčová slova: mimořádné vládnutí, soudní přezkum v mimořádných stavech, princip proporcionality, permanentní výjimečný stav, právní šedé díry

Úvod

Účelem tohoto krátkého příspěvku je reagovat na jednu z hlavních myšlenek knihy Jakuba Dienstbiera *Teorie mimořádného vládnutí*.¹ Uvedená kniha má celou řadu silných stránek: od komplexnosti a současně ucelenosti zpracování problematiky, která dosud v takové podobě v české odborné literatuře zpracována nebyla, přes velmi solidní teoretická východiska autorových závěrů založená na normativním institucionalismu² a plánovací teorii práva³ až po vlastní originální závěry a hodnocení týkající se například kategorizace mimořádných stavů nebo režimů mimořádného vládnutí.

Na úvod bych rád uvedl, že pokud jde o základní argumentaci v práci, zastávám stejně jako její autor názor, že mimořádné situace by neměly být primárně řešeny mimoprávně.⁴ Taktéž se domnívám, že předem stanovená právní regulace pro mimořádné stavy vytváří normativní očekávání u adresátů práva (tedy očekávání, že bude postupováno určitým způsobem, což snižuje nejistotu) a zároveň v průběhu veřejné debaty o této regulaci mohou být odhaleny nedostatky navrhovaného postupu, a zamezí se tak nutností okamžitého

* Doc. JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D., katedra teorie práva a právních učení, Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: ondrejek@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6764-8993>. Příspěvek vznikl v rámci programu *Cooperatio*, vědní oblasti LAW.

1 DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*. Praha: Wolters Kluwer, 2024.

2 WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce: Úvod do teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017; WEINBERGER, Ota. *Institucionalismus: Nová teória konania, práva a demokracie*. Bratislava: Kalligram, 2010.

3 SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

4 DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 148.

rozhodování o zásadních otázkách pod silným tlakem vyvolaným krizí.⁵ Pokud jde o možný protiargument nepředvídatelností všech mimořádných situací, k tomu jsem na jiném místě uvedl, že apriorní regulace je explicitně připravený postup pro určitý typ mimořádné situace, který, pokud se jeví jako nevhodný, může být odmítnut a může být postupováno jinak (případně i *praeter legem*), ovšem s tím, že ten, kdo takto činí, musí být připraven nést následky svého jednání.⁶

Autor v knize dodává z mého pohledu další klíčový argument, vycházející z teorie normativního institucionalismu, podle něhož i mimořádné vládnutí probíhá podle určitých existujících právních pravidel, nikoliv v prostoru práva prostého (*rechtsfreien Raum*).⁷ Je skutečně jen obtížně představitelné, že by určité jednání státu nebylo vůbec nijak dotčeno principy demokratického právního státu anebo povinnostmi respektovat, chránit a naplňovat lidská práva.⁸ Tyto principy spolu s jinými obecnými základy právního řádu, ať již vycházejícími z platné právní úpravy, anebo fungujícími jako součást právního vědomí jednotlivých aktérů,⁹ zejména právníků, zakládají obecný rámec pro jednání orgánů veřejné moci i v mimořádných stavech. Autor ve stejném duchu pro podporu tohoto argumentu hovoří o „komplexní realitě státního mechanismu 21. století“ a o „soudobých institucionálních pojistkách a mechanismech, které prostou mimoprávnost neumožňují.“¹⁰

Souhlasíme-li s autorem prosazovanou tezí, že mimořádné vládnutí by mělo probíhat v režimu minimálně rámcové právní regulace, je současně vhodné tento regulační rámec podrobněji popsat. Autor v knize přibližuje řadu modelů mimořádného vládnutí a na základě podrobné analýzy tvrdí, že pro krátkodobé intenzivní krize je vhodnější předem stanovená speciální právní úprava.¹¹ Takovéto modely, kde existuje odlišný právní režim aplikovatelný v mimořádných stavech a mimo ně, jsou označovány jako dualistické.¹² Existence speciálních regulačních režimů pro mimořádný stav současně oslabuje riziko permanentního mimořádného vládnutí.¹³ Dlouhotrvající krize (označované autorem jako *deprese*) je podle něj naopak vhodnější regulovat běžnými prostředky, a to *ex post*¹⁴ tak, aby se regulace co nejvíce přizpůsobila potřebě odvracení konkrétní krize.¹⁵

⁵ ONDŘEJEK, Pavel. Výjimečné stavy a úskalí legality. In: BÍLKOVÁ, Veronika – KYSELA, Jan – ŠTURMA, Pavel (eds.) a kol. *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Leges, 2016, s. 53.

⁶ *Ibidem*.

⁷ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 76.

⁸ K těmto závazkům v oblasti lidských práv viz např. GARDBAUM, Stephen. The Place of Constitutional Law in the Legal System. In: ROSENFELD, Michel – SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 181–185; SHELTON, Dinah – GOULD, Ariel. Positive and Negative Obligations. In: SHELTON, Dinah (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 562–583; FREDMAN, Sandra. *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press, 2008; K pozitivním závazkům v oblasti lidských práv v mimořádné situaci viz např. ALIVIZATOS, Nikos – BÍLKOVÁ, Veronika – CAMERON, Iaian – KASK, Oliver – TUORI, Kaarlo. *Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law during States of Emergency – Reflections. Benátská komise* [online] CDP-PI(2020)005rev ze dne 26. května 2020. Dostupné z: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)005rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)005rev-e).

⁹ Není podle mého názoru na tomto místě nutné podrobněji argumentovat o tom, že právo je bohatší než jen vlastní text právních předpisů a jiných psaných pramenů práva. V podrobnostech viz ONDŘEJEK, Pavel. *Defragmentation of Law. Reconstruction of Contemporary Law as a System*. Cambridge: Intersentia, 2023, s. 48–50.

¹⁰ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 78, 79.

¹¹ *Ibidem*, s. 198.

¹² *Ibidem*, s. 158.

¹³ *Ibidem*, s. 163.

¹⁴ *Ibidem*, s. 198.

¹⁵ *Ibidem*, s. 173, 195.

Tento článek se věnuje tématu přizpůsobování právního řádu mimořádné situaci a jeho obecným východiskem je pojetí reflexivního práva, tedy práva, které reaguje na okolní prostředí¹⁶ a které se i vyvíjí spolu s dalšími společenskými subsystemy.¹⁷ Takto pojímané právo není zcela autonomní, a neexistuje tak mimo společenskou realitu. Právo je naopak pojímáno jako jeden ze společenských subsystemů reflektující to, co se odehrává ve společnosti. Krize pak představuje silný moment projevující se v různých společenských subsystemech;¹⁸ v případech závažné situace mohou být její dopady na společnost zásadní a právo, má-li zůstat v kontaktu se společenskou realitou, nemůže nastalé změny ignorovat.

Konkrétním cílem tohoto článku bude ukázat situace přizpůsobování právních řádů mimořádným situacím, ke kterým dochází vedle legislativní činnosti v samotné krizi také v důsledku proměn v interpretaci práva v závislosti na kontextu krize. Takového přizpůsobování právního řádu nelze podle mého názoru charakterizovat jednoznačně ani jako monistický, ani jako dualistický model mimořádného vládnutí. Přizpůsobení právního řádu mimořádné situaci rovněž probíhá na základě určitých předem daných předpokladů, ovšem konkrétní podoba se odvíjí až od rozhodnutí poté, co krize nastala. Pro tento fenomén tedy nelze použít ani druhé klasifikační kritérium založené na faktoru času, tedy zda je na mimořádnou situaci pamatováno dopředu, anebo je na ni reagováno až následně (*ex post* nebo *ex ante* modely).¹⁹

Významné však je, že zde nastíněné přizpůsobování právního řádu nevede k permanentnímu mimořádnému vládnutí. Důvodem je právě striktní podmíněnost proměn v právní argumentaci situací krize. Poté, co krize odezní, není možné právo nadále interpretovat způsobem, jako by krize nadále trvala, respektive pokud by se o tento výklad někdo pokusil, neměl by takový argument obstát jako racionální. V další části článku se blíže zaměřím na rizika permanence mimořádných stavů a následně na konkrétní příklad proměny interpretace práva v závislosti na kontextu krize. Na závěr předestřený model přizpůsobování právního řádu zhodnotím a pokusím se nastínit, jak v sobě kombinuje výhody monistických a dualistických *ex post* i *ex ante* modelů, které popisuje Jakub Dienstbier ve své knize.

1. Rizika permanence mimořádných stavů a modely mimořádného vládnutí

Jednou z hlavních otázek týkajících se mimořádného vládnutí je nastavení tohoto vládnutí jako mimořádného, tedy určeného k zvládnání krize a obnovení normality. Za hlavní nebezpečí je v tomto ohledu opakovaně uváděno riziko permanentních změn v právních

¹⁶ TEUBNER, Günter. *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, s. 85–122; TEUBNER, Günter. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. *Cardozo Law Review*. 1991–1992, Vol. 43, s. 1461.

¹⁷ TEUBNER, Günter. *The Two Faces of Janus*, s. 1448. V podrobnostech k tomuto pojetí práva viz ONDŘEJEK, Pavel. *Koncepce práva jako systému*. Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 75–79.

¹⁸ Stejně východisko pro fungování práva ve výjimečných stavech představují Alexia Herwig a Marta Simoncini, podle nichž „reflexivní regulace postupně nahrazuje tradiční modely založené na příkazech a kontrole novým procesně orientovaným přístupem k otázce vládnutí založeném na účasti veřejnosti na rozhodovacích procesech.“ HERWIG, Alexia – SIMONCINI, Marta. Underpinning the role of law in disaster resilience. An introduction. In: HERWIG, Alexia – SIMONCINI, Marta (eds.). *Law and the Management of Disasters. The Challenge of Resilience*. Abingdon: Routledge, 2017, s. 9.

¹⁹ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 161.

řádech v důsledku mimořádného stavu.²⁰ Jak bylo uvedeno výše, tomuto riziku čelí nejlépe dualistické modely mimořádného vládnutí. Pro jejich aplikaci uvádí Jakub Dienstbier i psychologický argument, spočívající v hodnocení mimořádného vládnutí jako něčeho odlišného od normality.²¹ Na druhou stranu jako riziko dualistického přístupu je spatřováno to, že by mimořádný režim mohl být založen na zcela jiných východiscích než ten dosavadní (například by mohl umožňovat nerespektování základních práv). V takové situaci by stačilo odkázat na to, že se nacházíme v mimořádném stavu, a bylo by možné odmítnout základní principy, na nichž spočívá ústavnost v demokratických právních státech.²²

To, že mimořádné vládnutí má tendenci se „normalizovat“, a tedy proměňovat regulaci i mimo výjimečné stavy, je empiricky pozorovatelný jev a autor jej ilustruje na několika příkladech: od fikce stálé nezbytnosti (*necessitas perpetua*), která ve středověku vedla k regularizaci výběru mimořádných daní panovníkem,²³ až po začlenění nástrojů pro boj proti terorismu do správního a trestního práva v 21. století.²⁴

Normalizace výjimečného stavu vede k permanentnímu mimořádnému vládnutí, které smazává rozdíl mezi výjimečným a normálním stavem. Nacházíme-li se v časech označovaných jako polykrize, tedy na sebe navazující a částečně se překrývající krize rozdílné povahy a intenzity,²⁵ je klíčem k zabránění normalizace mimořádného vládnutí v prvé řadě odlišení míry intenzity mimořádných stavů. K tomu je třeba doplnit, že Jakubem Dienstbierem navržené rozlišování mimořádných situací podle jejich intenzity na méně závažné (označované jako nehody a napětí) a závažné (pohromy a deprese)²⁶ je výsledkem idealizující abstrakce. Ve skutečnosti všechny reálné i myslitelné hrozby můžeme zobrazit na souvislé škále, a ne vždy můžeme vést přesné dělicí linie mezi menší nehodou zvládnutelnou běžnými prostředky (požár ve skladech, kde je uskladněn nebezpečný materiál) a situací, kdy je potřeba reagovat na základě zvláštního režimu (například požár v průmyslovém podniku hrozící značnou ekologickou újmou). Podrobnější argumentace o povaze a intenzitě rizika je klíčová pro to, abychom danou situaci subsumovali pod některý z mimořádných režimů. Takováto detailní argumentace má význam z toho důvodu, že právní řády typicky využívají pro hodnocení určité situace jako mimořádné velmi vágní pojmy (v České republice je v ústavním zákoně 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, v platném znění, jako kritérium pro vyhlášení některého z mimořádných stavů uvedeno, že musí dojít k tomu, že je „*bezprostředně ohrožena svrchovanost, územní celistvost, demokratické základy České republiky nebo ve značném rozsahu vnitřní pořádek a bezpečnost, životy a zdraví, majetkové hodnoty nebo životní prostředí anebo je-li třeba plnit mezinárodní závazky o společné obraně*“).²⁷

²⁰ AGAMBEN, Giorgio. *State of Exception*. Chicago: University of Chicago Press, 2005, s. 2–3; GROSS, Oren. Chaos and Rules: Should Responses to Violant Crises Always Be Constitutional? *Yale Law Journal*. 2002–2003, Vol. 112, No. 5, s. 1019–1020; GREEN, Alan. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law. Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford: Hart Publishing, 2018.

²¹ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 163.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, s. 39.

²⁴ *Ibidem*, s. 40. Autor v této souvislosti uvádí, že tento fenomén lze vysvětlit s využitím závěrů teorie normativního institucionalismu.

²⁵ BELOV, Martin. Rule of law and democracy in times of transitory constitutionalism, constitutional polycrisis and emergency constitutionalism towards a global algorithmic technocracy? In: BELOV, Martin (ed.). *Rule of law in crisis: constitutionalism in a state of flux*. London: Routledge, 2023, s. 21–46.

²⁶ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 19.

²⁷ Čl. 2 odst. 1 úst. zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, v platném znění.

Hodnocení určité situace jako mimořádné ve výše uvedeném smyslu je důležité i proto, že politický diskurz používá podobná označení pro zcela jiné účely.²⁸ V politice USA existuje dlouhodobá tendence označovat politiku k zamezení určitého jevu jako „válku“, například válku proti drogám, válku proti zločinu anebo válku proti chudobě.²⁹ Zřejmě vrchol v této tradici představují politické kampaně prezidenta Donalda Trumpa, například když imigraci do USA označoval za invazi, proti které je třeba se bránit všemi dostupnými prostředky.³⁰ Podobná označení implikují existenci výjimečného stavu, který vyžaduje mimořádné vládnutí. Jak však správně připomíná Alan Green, je zejména potřeba odlišit otázku permanentního rizika od otázky permanentního mimořádného vládnutí. Zatímco riziko teroristického útoku je stále přítomné prakticky ve všech státech světa, to samo o sobě není příčinou pro to, aby platil trvalý výjimečný stav. Je na orgánech, které rozhodují o zahájení a ukončení mimořádného stavu, aby danou situaci zhodnotily a s ohledem na ustálený výklad a postup v minulých případech přijaly příslušné rozhodnutí o tom, zda daná situace vyžaduje mimořádné vládnutí, nebo nikoliv.³¹

Riziko permanentního výjimečného stavu nebo zneužití jeho vyhlášení je snižováno kontrolními mechanismy, ať již parlamentními ve vztahu k exekutivě, anebo soudními, pokud jde o přezkum přijatých opatření (obecné i individuální povahy).³² Nastavení režimu soudního přezkumu nám bude sloužit jako ilustrace reakce na přizpůsobování právního řádu mimořádným situacím. Jiný příklad přizpůsobování právního řádu je v teorii popisován jako legislativní přizpůsobení a i u něj lze hovořit o rizicích permanentní proměny právního řádu.³³ Hodnocení obou základních způsobů přizpůsobování právního řádu mimořádné situaci je věnována následující část článku.

2. Přizpůsobování právních řádů důsledkům mimořádných situací

V této části se budu věnovat přizpůsobování právních řádů mimořádné situaci beze změny ústavních pravidel, půjde tedy o přizpůsobování cestou změn zákonů a jiných právních předpisů a dále přizpůsobování prostřednictvím rozhodovací činnosti orgánů aplikujících právo, zejména soudů. Téma úzce souvisí s výše nastíněným rozlišováním různých režimů mimořádného vládnutí a řešením problému hrozícího permanentního výjimečného stavu, který by se stal normou.

Alan Green ve své práci o permanentním výjimečném stavu a vládě práva zmiňuje, že v právních rádech se běžně objevuje regulace mimořádných situací na úrovni zákona, aniž by byla vyžadována speciální ústavní úprava.³⁴ Tato regulace může nabývat dvou podob.

²⁸ Rovněž Jakub Dienstbier ve své monografii připomíná, že „ústavní a političtí činitelé svou rétorikou zlehčují a smazávají rozdíly mezi řádným a mimořádným.“ Viz DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 41.

²⁹ GREEN, Alan. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law. Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford: Hart Publishing, 2018, s. 41.

³⁰ Například v akceptačním projevu na kongresu republikánské strany v roce 2024 zmínil invazi nelegálních přistěhovalců dvanáctkrát. Viz PETERS, Gerhard – WOOLLEY, John T. Donald J. Trump: Address Accepting the Presidential Nomination at the Republican National Convention in Milwaukee, Wisconsin. In: *The American Presidency Project* [online]. 18. 7. 2024. [cit. 2025-01-14]. Dostupné z: <https://www.presidency.ucsb.edu/node/373582>.

³¹ GREEN, Alan. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law*, s. 48.

³² SZENTE, Zoltán. How to Assess Rule-of-Law Violations in a State of Emergency? Towards a General Analytical Framework. *Hague Journal on the Rule of Law*. 2025, Vol. 17, No. 1, s. 132.

³³ GREEN, Alan. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law*, s. 165.

³⁴ Ibidem.

Jednak může jít o právní úpravu reagující na určitou krizi, jejíž řešení je předvídáno v zákoně tím, že státní orgány získají nové pravomoci, současně však nová regulace nebude zasahovat do práv takovým způsobem, aby byl vyhlášen některý z mimořádných stavů podle ústavy. V České republice může jít například o energetický zákon, umožňující vyhlášení stavu nouze, případně mimořádného stavu nouze, jsou-li ohroženy dodávky tepla nebo plynu,³⁵ anebo v době covidové pandemie často aplikovaná ustanovení o předcházení epidemiím v zákoně o ochraně veřejného zdraví.³⁶

Jiným příkladem, který vyvolává větší kontroverze, představují zákony, které implementují regulaci obvykle se vyskytující v době mimořádného stavu. V odborné literatuře je jedním z nejčastěji zmiňovaných případů americký Patriot Act,³⁷ o němž tehdejší viceprezident USA prohlásil, že se nejedná o předpis mimořádného vládnutí, nýbrž o „novou normu.“³⁸ Nebezpečí obou forem regulace legislativního přizpůsobování právního řádu mimořádnému stavu spočívá v tendenci k většímu omezování práv, které není jen přechodné.³⁹

U legislativního přizpůsobení mimořádnému stavu sice nadále platí možnost přezkoumat soulad nové právní úpravy s ústavou. Efektivita soudní kontroly ústavnosti však závisí na intenzitě soudního přezkumu. Jak nastíním v další části článku, soudy mají v některých případech tendenci k omezenému přezkumu, a to právě s odkazem na výjimečnost určité situace.⁴⁰

Druhou formou přizpůsobování právního řádu výjimečným stavům vedle legislativního přizpůsobení je přizpůsobení soudního přezkumu. Nejde zde přitom o speciální právní procesy založené přímo zákonem (jako například speciální jednoinstanční přezkum mimořádných opatření v době covidové pandemie Nejvyšším správním soudem zavedený speciálním zákonem č. 94/2021 Sb.), neboť nová regulace je založena zvláštním zákonem, a řadili bychom ji tedy mezi legislativní přizpůsobení. Za přizpůsobení soudního přezkumu budu označovat odlišné způsoby právní argumentace soudy vyvolané situací mimořádného stavu.⁴¹

Jakub Dienstbier popisuje ve své knize dva příklady úpravy soudního přezkumu v mimořádném stavu. Zaprvé jde o nahrazení kritéria přezkumu uplatňovaného v normální situaci (například test proporcionality) alternativním kritériem jiné povahy (například vytvoření nového testu nebo uplatnění odlišného soudního testu, například testu racionality). Tuto situaci autor hodnotí jako dualistický *ex post* model. Je tomu tak proto, že k rozhodnutí o aplikování určitého testu dochází až po vypuknutí mimořádného stavu a jde přitom o rozhodnutí, které nelze učinit mimo výjimečný stav.⁴²

³⁵ Ust. § 73, § 73d a § 88 zák. č. 458/2000 Sb., energetický zákon, v platném znění.

³⁶ Ust. § 69 zák. č. 258/2000 Sb., zákon o ochraně veřejného zdraví, v platném znění.

³⁷ Plným názvem: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, text zákona je dostupný z: <https://www.govinfo.gov/app/details/STATUTE-115/STATUTE-115-Pg272>.

³⁸ GREEN, Alan. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law*, s. 166.

³⁹ *Ibidem*, s. 171.

⁴⁰ Velká míra deference nastává zejména při přezkumu opatření v trvajících výjimečných stavech, jakým byla například covidová pandemie. V České republice soudy začaly uplatňovat přísnější přezkum zákonitosti mimořádných opatření až po přijetí tzv. pandemického zákona (zák. č. 94/2021 Sb.). V podrobnostech viz ONDŘEJEK, Pavel. Analýza judikatury Nejvyššího správního soudu týkající se požadavků na odůvodnění opatření podle tzv. pandemického zákona. *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*. 2024, roč. 70, č. 3, s. 9–29.

⁴¹ Téma se týká důsledků vztahu práva a politiky pro právní argumentaci – k tomuto tématu viz KYSELA, Jan. Politické argumenty v právu. Úvaha kontextová a strukturální. In: SOBEK, Tomáš – KOTÁSEK, Josef – HAPLA, Martin (eds.). *Právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2024, s. 131–172.

⁴² DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 179.

Druhým příkladem reakce na výjimečný stav je autorem nastíněná teze tzv. interpretačního přizpůsobení, kterou naopak řadí mezi *ex post* monistické modely mimořádného vládnutí.⁴³ Jde ve své podstatě o reinterpretaci, v některých případech i dotvoření práva tak, aby reagovalo na mimořádnou situaci.⁴⁴ Aby se jednalo o monistický model, tato nová interpretace se netýká právních předpisů, které se neaplikují mimo výjimečný stav.⁴⁵

Jakub Dienstbier speciálně zmiňuje princip proporcionality jako příklad monistického přístupu, kdy orgány aplikují běžná kritéria pro přezkum zásahu do základního práva, ovšem s tím, že při aplikaci jednotlivých složek testu proporcionality dochází k určitému rozvolnění přísnosti testu oproti normální situaci, a to z důvodu odlišnosti kontextu, který krize představuje.⁴⁶ Na jiném místě autor souhlasí s přizpůsobením testu proporcionality, které jsem navrhoval na základě analýzy české judikatury⁴⁷ a následně s Filipem Horákem i komplexněji při kombinaci použití principu předběžné opatrnosti a principu proporcionality.⁴⁸

Mým cílem zde není zpochybňovat závěry Jakuba Dienstbiera ohledně způsobu aplikace metody proporcionality v mimořádných stavech, v této otázce se nijak nelišíme. Co však vnímám odlišně, je hodnocení kontextuální aplikace proporcionality v mimořádných stavech jako monistického přístupu k mimořádnému vládnutí.

Výše bylo uvedeno, že aplikace odlišných testů, kterým by soudy dospěly po vypuknutí krize, když by přezkoumávaly mimořádná opatření exekutivy nebo legislativy, je třeba hodnotit jako *ex post* dualistický model. Je tomu tak proto, že soudy přicházejí až následně s novým standardem přezkumu, což účastníci daného řízení předem nevědí. Tuto situaci jsme s Filipem Horákem kritizovali, protože je tím značně oslabována právní jistota a předvídatelnost rozhodovací činnosti (nejen že neznáme výsledek poměrování, ke kterému soud v dané věci dospěje, nevíme ani, jestli vůbec bude poměrování aplikovat anebo rozhodne na základě zcela jiného standardu přezkumu).⁴⁹

V situaci, kdy soud aplikuje test proporcionality, nepůjde o čistě dualistický model proto, že tento test je standardně aplikován i mimo mimořádné stavy. Nepůjde rovněž o *ex post* model mimořádného vládnutí, protože jednotlivé složky testu proporcionality jsou předem známe. Soud tedy nebude vytvářet jinou strukturu testu proporcionality. To však neznamená, že aplikovaný test bude zcela identický. Pokud jde o intenzitu přezkumu a posuzovaný kontext, zde bude třeba zhodnotit intenzitu krizové situace, která bude mít vliv na aplikaci metody proporcionality. Dále jsme s Filipem Horákem argumentovali, že test proporcionality bude ve výjimečných stavech založený na principu předběžné

⁴³ *Ibidem*, s. 177.

⁴⁴ K rozdílu mezi interpretací a dotvářením práva, který vychází především z ustálené německé právní vědy, viz HLOUCH, Lukáš – MELZER, Filip. Dotváření práva. In: SOBEK, Tomáš – KOTÁSEK, Josef – HAPLA, Martin (eds.). *Právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2024, s. 485–486.

⁴⁵ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 177. Podle autora je interpretační přizpůsobení nejčastěji aplikováno na předpisy z oblasti zajišťování veřejné bezpečnosti a pořádku.

⁴⁶ Autor tuto myšlenku shrnuje do tvrzení „co je vhodné, potřebné a přiměřené v míru, nemusí být za války, a naopak“. Viz DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 162.

⁴⁷ ONDŘEJEK, Pavel. Proporcionalita opatření přijímaných ve výjimečných stavech. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2020, roč. 28, č. 4, s. 613–629.

⁴⁸ ONDŘEJEK, Pavel – HORÁK, Filip. Proportionality during Times of Crisis: Precautionary Application of Proportionality Analysis in the Judicial Review of Emergency Measures. *European Constitutional Law Review*. 2024, Vol. 20, No. 1, s. 27–51; DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 189.

⁴⁹ ONDŘEJEK, Pavel – HORÁK, Filip. *Proportionality during Times of Crisis*, s. 37–40.

opatrnosti, což bude mít vliv na přísnost vnímání každé z jednotlivých složek tohoto testu. Vhodnost, potřebnost i poměřování tedy budou vykládány poněkud odlišným způsobem v časech krize, než je tomu tak v časech normality. V rámci zkoumání vhodnosti projde tímto krokem každé opatření, které není zjevně nevhodné – přísnost přezkumu se tedy sníží.⁵⁰ Totéž platí i o přezkumu dalších složek.⁵¹

Výše popsané odlišnosti ve výkladu jednotlivých složek testu proporcionality jsou dopředu známy a v případě, že v minulosti bylo rozhodováno v podobném kontextu (například v situaci pandemie jiné nemoci, než je ta současná), lze očekávat, že minulá rozhodnutí budou diskurzivně závazná.⁵² Naopak v naprosto nové a bezprecedentní mimořádné situaci bude rozhodnutí příslušného orgánu dopředu nejisté; maximálně budou známy principy, na základě nichž bude soud rozhodovat o tom, jak širokou míru diskrece poskytne orgánům, které rozhodují v individuálních věcech nebo přijímají obecnou regulaci v mimořádných stavech.

Nastavení adekvátní intenzity přezkumu bude součástí odůvodnění aplikace metody proporcionality v konkrétním případě, což souvisí s vnímáním proporcionality jako struktury argumentu⁵³ a nástroje zdůvodnění určitého rozhodnutí.⁵⁴ Výsledkem uplatnění konkrétní podoby proporcionality bude rozhodnutí o přiměřenosti omezení určitého práva, které bude závislé na kontextu mimořádné situace a bude náležitě zdůvodněno. Výsledné rozhodnutí můžeme vzhledem k postavení soudní judikatury označit za derivativní ústavní normu,⁵⁵ tedy pravidlo, které bude výsledkem uplatnění explicitně stanovených norem v konkrétním případě, a které bude vytvářet základ, na který budou navazovat orgány aplikující právo v obdobných případech (jak bylo uvedeno výše, není nutné toto rozhodnutí vždy následovat, pokud lze přesvědčivě zdůvodnit odchylku od argumentace v předchozím obdobném případě).

Výše uvedená poznámka o derivativních ústavních normách ukazuje, že aplikace testu proporcionality v mimořádném stavu, jelikož je vázaná na kontext daného případu, bude sice zachovávat strukturu a složky tohoto testu, ty však budou podle konkrétních okolností vykládány jinak. Přezkum tak bude mít jinou intenzitu než mimo stav vyvolaný krizí. Z toho podle mého názoru plyne, že výše uvedená aplikace tohoto testu se vymyká klasifikaci modelů monistického a dualistického, stejně jako modelů založeného na *ex ante*

⁵⁰ Ibidem, s. 45.

⁵¹ Ibidem, s. 46–50.

⁵² Pojem diskurzivní závaznosti je používán pro případy, kdy má určitý orgán buď následovat předem dané rozhodnutí nebo přesvědčivě zdůvodnit to, proč se v dané věci od něj odchyluje. Viz KÜHN, Zdeněk. Role judikatury v českém právu. In: BOBEK, Michal – KÜHN, Zdeněk a kol. *Judikatura a právní argumentace*. 3. vydání. Praha: Auditorium, 2024, s. 134; WINTR, Jan. Metody výkladu (obecně, zásady přednosti). In: SOBEK, Tomáš – KOTÁSEK, Josef – HAPLA, Martin (eds.). *Právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2024, s. 250–251; BERAN, Karel. How can legal interpretation change the legal order into legal disorder?: (Lessons from the Czech Republic). *Review of Central and East European Law*. 2023, Vol. 48, s. 39; BERAN, Karel. Advokát a judikatura po deseti letech. *Bulletin advokacie*. 2020, č. 9, s. 17; ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, Katarzyna. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 65.

⁵³ ČERVÍNEK, Zdeněk. Test proporcionality. In: SOBEK, Tomáš – KOTÁSEK, Josef – HAPLA, Martin (eds.). *Právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2024, s. 102–103. V této chvíli ponechme stranou otázku legitimacy vytváření derivativních ústavních norem soudní interpretací, stejně jako postup, jak z textu ústavy obsahující primární ústavní normy korektním způsobem vytvořit normu derivativní. Zodpovězení obou otázek by vyžadovalo podrobné samostatné pojednání.

⁵⁴ KOREF, Tomáš. Test proporcionality jako nástroj zdůvodňování, nikoli nalézání rozhodnutí. *Právník*. 2023, roč. 162, č. 12, s. 1156–1175.

⁵⁵ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 33–38; v české literatuře viz ČERVÍNEK, Zdeněk. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*. Praha: Leges, 2021, s. 194–196.

regulaci nebo *ex post* regulaci. Je tomu tak proto, že výše nastíněná aplikace metody proporcionality kombinuje jak monistický, tak dualistický model (částečně monistický proto, že aplikace metody proporcionality je univerzální kritérium přezkumu ústavnosti, částečně dualistický proto, že samotná krize automaticky vede k tomu, že jsou jednotlivé složky vykládány mírněji).⁵⁶ Současně zahrnuje aspekty modelů *ex ante* (protože je dopředu dána struktura testu) i *ex post* (protože jednotlivé složky jsou vykládány odlišně a tento odlišný výklad je zdůvodněn konkrétní závažností mimořádného stavu).

Přízpůsobování soudního výkladu mimořádné situaci popsané na příkladu testu proporcionality lze podle mého názoru zobecnit. Platí obdobně ve všech případech, kdy je normativní důsledek aplikace určitého pravidla vázán na proměnlivou interpretaci skutečností, které jsou, jako je tomu v mimořádných situacích, charakterizovány hrozbou přítomnou, naléhavou a intenzivní.⁵⁷ V důsledku rozhodování v situaci nejistoty dané nepředvídatelností krizové situace nelze jasně dopředu stanovit míru přísnosti nebo naopak zdrženlivosti soudního přezkumu.

Příklad odlišné interpretace složek testu proporcionality však zároveň ukazuje na jeden významný problém. Přízpůsobování modelu právní regulace, která je ve svém základu stanovena předem, ovšem v důsledku měnících se podmínek se její výklad mění, čelí námitce vzniku tzv. právních šedých děr, které je věnována poslední část tohoto článku.

3. Přízpůsobování právního řádu soudním výkladem a problém „právních šedých děr“

Práce Jakuba Dienstbiera představuje mimo jiné kritiku mimoprávního (v literatuře označovaného také jako extralegálního) postupu při řešení mimořádné situace. Východiskem autorových úvah je vedle již zmíněných teorií neoinstitucionalismu a plánovací teorie práva rovněž orientace na teleologické a axiologické pozadí právní úpravy v podobě hodnot a právních principů, které mají být základem pro jednání státu v mimořádných situacích v případech, kdy absentuje explicitní právní úprava. Právě tento základ právního řádu, který má být respektován i v mimořádných situacích, představuje silný argument proti extralegálním modelům mimořádného vládnutí. Jakub Dienstbier tedy jednoznačně odmítá existenci tzv. právních černých děr, tedy prostoru bez právní úpravy, kde mohou orgány jednat libovolně.⁵⁸

Kanadský právník jihoafrického původu David Dyzenhaus však uvádí, že ještě podstatnější problém z hlediska legality postupu orgánů při odvracení mimořádné situace představují vágní ustanovení, která dávají velkou volnost tomu, kdo v mimořádné situaci rozhoduje. V této souvislosti hovoří o právních šedých dírách.⁵⁹ Rolí soudů v situaci právních šedých děr je podle tohoto autora šedé díry vlastní interpretací odstranit a interpretovat právo způsobem, který vychází z principů materiálního právního státu.⁶⁰

⁵⁶ V podrobnostech viz výše zmíněný článek: ONDŘEJEK, Pavel – HORÁK, Filip. *Proportionality during Times of Crisis*, s. 50.

⁵⁷ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 4.

⁵⁸ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 77–79, 200; K tomuto institutu srov. přehledně: GREEN, Alan. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law*, s. 100–105.

⁵⁹ DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 50.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 3.

Aplikace výše uvedené metody proporcionality namísto prosté deference soudů vůči tomu, kdo v mimořádném stavu rozhoduje, je podle mého názoru dobrým příkladem odstranění právních šedých děr. Je tomu tak proto, že proporcionalita je propracovaná metoda právní argumentace vyžadující podrobné zdůvodnění s použitím faktických i právních argumentů. Jakub Dienstbier na straně jedné připomíná názor Adriana Vermeula, který tvrdí, že v určitém ohledu je možné samotný princip proporcionality vnímat jako právní šedou díru, protože technika poměrování vede k vyšší míře diskrece než požadavek na aplikaci jasně stanovených pravidel v právních předpisech;⁶¹ současně však také zdůrazňuje význam vhodného institucionálního nastavení, kterým lze řadu problémů odstranit.⁶²

K tomu, aby ochrana lidských práv byla i v mimořádném stavu efektivní, a zároveň, aby se soudy nepasovaly do role těch, kteří mají substantivně nastavovat regulaci v časech krize, musejí soudy hledat vyvážený přístup k přezkumu opatření a rozhodnutí přijatých v mimořádné situaci. Soudní přezkum by měl být založen na převážně minimalistickém rozhodování, měl by zohledňovat výše uvedený princip předběžné opatrnosti a měl by zahrnovat rovněž přezkum odůvodnění opatření, pokud, jako je tomu v České republice v souvislosti s tvorbou opatření obecné povahy, právní úprava zdůvodnění vyžaduje.⁶³ Podobné úvahy lze podle mého názoru vést nejen při aplikaci testu proporcionality v mimořádných situacích, nýbrž vždy, když soudy reinterpretují právo v důsledku existence mimořádné situace.

Závěr

Na jiném místě jsem se pokusil zdůvodnit s využitím závěrů systémové teorie práva, že judikatura plní v právu funkci stabilizační (stabilizuje normativní očekávání adresátů práva), ale i transformační (protože díky flexibilitě a kontextuální podmíněnosti dokáže reagovat na měnící se poměry).⁶⁴ Reinterpretací práva v mimořádných situacích plní soudy druhou z výše uvedených funkcí, přičemž výsledek není nepodobný tomu, když pod vlivem mimořádných okolností dochází k proměnám právního řádu činností normotvůrce. Stabilizační funkce práva se naproti tomu projevuje zejména ve schopnosti udržet si základ v podobě principů a hodnotové orientace.⁶⁵

⁶¹ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 153, odkazující na práci: VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*. 2009, roč. 122, č. 4, s. 1135.

⁶² DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 153.

⁶³ Ladislav Vyhnaněk a kolektiv hodnotí přezkum soudů v době covidové pandemie jako polo-procesní (*semiprocedural judicial review*), což je podle jejich názoru nejlepší způsob rozhodování za situace nejistoty dané krizí, viz VYHNÁNEK, Ladislav – BLECHOVÁ, Anna – BÁTŘLA, Michael – MÍŠEK, Jakub – NOVOTNÁ, Tereza – REICHMAN, Amnon – HARAŠTA, Jakub a kol. The Dynamics of Proportionality: Constitutional Courts and the Review of COVID-19 Regulations. *German Law Journal*. 2024, roč. 25, č. 3, s. 406.

⁶⁴ ONDŘEJEK, Pavel. *Koncepce práva jako systému*, s. 140. Nad rámec tohoto příspěvku jde otázka, jak soudy samotné usilují o formulování obecnějších závěrů ve svých rozhodnutích tak, aby se právní věta podobala normě, která by byla použitelná pro široký okruh obdobných případů – k této problematice viz ONDŘEJEK, Pavel. Changing Forms of Maximalism in the Decision-Making of the Czech Constitutional Court. *Review of Central and East European Law*. 2023, roč. 48, č. 2–3, s. 241–274; ALEXANDROV, Arkady – ONDŘEJEK, Pavel. Citační analýza judikatury a maximalismus v soudním rozhodování. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2021, roč. 31, č. 2, s. 459–462.

⁶⁵ V podobném duchu hovoří Xenophon Contiades a Alkmene Fotiadou o ústavní resilienci (*constitutional resilience*) – viz CONTIADES, Xenophon – FOTIADOU, Alkmene. The resilient constitution. Lessons from the financial crisis. In: HERWIG, Alexia – SIMONCINI, Marta (eds.). *Law and the Management of Disasters. The Challenge of Resilience*. Abingdon: Routledge, 2017, s. 207.

Přízpůsobování práva, kterému jsem se věnoval v tomto textu, může mít více podob. Speciálně jsem se zaměřil na proměny práva skrze jeho interpretaci, která reflektuje mimořádnou situaci. Rozlišování mezi výslovnou změnou textu právního předpisu a proměnou práva skrze jeho interpretaci je ustálené v právní a zejména ústavní teorii. Jan Kysela připomíná německou doktrínu ústavních proměn (*Verfassungswandel*), u nichž dochází ke změně významu ustanovení při jeho aplikaci, nikoliv ke změně jeho textu, ale i podobné přístupy americké nebo britské právní vědy.⁶⁶

Hlavním cílem tohoto příspěvku bylo ukázat, že proměny práva cestou přízpůsobování se faktickým situacím jsou procesem imanentním v právu. Přes jistou relativní autonomii totiž právo nemůže zůstat izolované od změn, zejména jsou-li společenské změny zásadní, což je typické právě pro mimořádné situace. Velmi dobrým příkladem je několikrát zmíněná pandemie nemoci covid-19, která kromě změn v právním řádu vyvolaných cestou přijímání a změn zákonů a mimořádných opatření přináší dalekosáhlé důsledky v řadě aspektů společenského života (od četných zákazů nebo omezení běžných činností lidí, přes prohlubování ekonomických problémů v celé řadě sektorů, až ke zneužívání krize populistickými politickými proudy za účelem oslabování demokratických právních států).⁶⁷ Právní řády států na tuto krizi reagovaly nejen normotvorbou, nýbrž i proměnami interpretace některých institutů či soudních doktrín (v článku je podrobněji zmíněn test proporcionality anebo požadavek na odůvodnění mimořádných opatření). Takovéto proměny se dějí i v modelu, který je charakteristický předem danou právní úpravou mimořádných stavů. Vzhledem k tomu, že každá změna soudní interpretace je rovněž závislá na faktických okolnostech dané mimořádné situace (například závažnosti krize nebo naléhavosti potřeby jejího odvrácení), jednotlivé modely nastavují pouze rámec pro přízpůsobení daného právního řádu, nikoliv vlastní popis toho, jak konkrétně se právní řád v důsledku krize pozmění. Tento závěr se možná může jevit jako banální, protože skutečnost, že se právo proměňuje v důsledku vnějších okolností, a tedy že se nejedná o zcela autonomní a do sebe uzavřený systém, není pouze myšlenka výše zmíněného Güntera Teubnera, nýbrž se objevuje kontinuálně již od předminulého století, v němž právní pozitivisté uvažovali o normativní síle fakticity.⁶⁸ Právě v mimořádných situacích ale vyvstává do popředí problém nastavení adekvátního legislativního a institucionálního rámce, který bude zdrojem alespoň částečné právní jistoty v krizích, které ze své podstaty aplikaci předem daných jasných pravidel často neumožňují.

⁶⁶ KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 225–226.

⁶⁷ Řada těchto aspektů je popsána v kapitole: KYSELA, Jan – ŘEPA, Karel. Pandemie jako krize, krize jako rána, výzva i příležitost. In: KYSELA, Jan – ŘEPA, Karel a kol. *Reakce právního systému České republiky na covidovou pandemii*. Praha: Leges, 2022, s. 18–26.

⁶⁸ K této koncepci a jejímu odrazu v různých dílech významných představitelů teorie práva, právní sociologie a psychologie viz podrobněji MARŠÁLEK, Pavel. O normativní síle skutečnosti. In: GERLOCH, Aleš – KYSELA, Jan (eds.) a kol. *Tvorba práva po vstupu České republiky do Evropské unie*. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2007, s. 29–47.

Accommodation of the Legal System to an Emergency

Pavel Ondřejek (<https://orcid.org/0000-0001-6764-8993>)

Abstract: The underlying conception of the article is that of reflexive law, i.e. law that reacts to its environment. A crisis is a powerful moment that manifests itself in various social subsystems; in the case of a serious situation, its effects on society can be profound, and law, if it is to remain in touch with social reality, cannot ignore the changes that have occurred. Accommodation of law is thus a consequence of a reflection of reality that operates against the traditional function of law consisting in stabilizing the normative expectations of its addressees. The specific aim of the article is to identify situations of accommodation of legal systems to emergencies. These accommodations occur not only as a result of adopting legislation during the crisis, but also as a result of changes in the interpretation of law depending on the context of the crisis. In my view, such accommodations of the legal system cannot be clearly characterised as either a monistic or a dualistic model of emergency governance. The adaptation of the legal system to the emergency also takes place on the basis of certain pre-existing assumptions, but the concrete form depends only on decisions taken after the crisis has occurred. The second criterion for classifying emergency governance, which is based on the time factor, i.e. whether the emergency is anticipated or reacted to after the fact, cannot be clearly applied to this phenomenon.

Keywords: extraordinary governance, judicial review in the emergencies, proportionality principle, permanent state of emergency, legal grey holes